

LA JURIDIZACIÓN DE LA POLÍTICA PÚBLICA: LÍMITES DIFUSOS ENTRE EL DERECHO, LA POLÍTICA Y LA GLOBALIZACIÓN

Cómo citar este artículo: Villabona Rodríguez, Andrés Abel, y Pablo Ignacio Reyes Beltrán. "La juridización de la política pública: límites difusos entre el derecho, la política y la globalización". *Novum Jus* 16, núm. 2 (2022): 391-418. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2022.16.2.15>

Andrés Abel Rodríguez Villabona
Pablo Ignacio Reyes Beltrán



LA JURIDIZACIÓN DE LA POLÍTICA PÚBLICA: LÍMITES DIFUSOS ENTRE EL DERECHO, LA POLÍTICA Y LA GLOBALIZACIÓN*

ANDRÉS ABEL RODRÍGUEZ VILLABONA

PABLO IGNACIO REYES BELTRÁN

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

Resumen

En los últimos treinta años, Colombia ha presenciado un acelerado proceso de cambio en la concepción general del derecho y, en particular, del derecho constitucional, el cual ha venido irradiando diversos ámbitos de los campos jurídico y político, como es el caso de las políticas públicas. En este país, donde existe el déficit de protección y materialización de los derechos sociales instaurados en la Constitución de 1991, la Corte Constitucional comenzó a expedir una serie de decisiones judiciales que inciden en el proceso de formulación de las políticas públicas por parte de las autoridades estatales. A partir de lo anterior han surgido tensiones en materia de garantía de derechos materiales y posmateriales.

Palabras clave: Constitución de 1991, juridización, política pública, constitucionalismo, neoconstitucionalismo, derechos sociales.

Los autores: Andrés Abel Rodríguez Villabona, abogado, magíster en Filosofía del Derecho, magíster en Derecho Público y doctor en Derecho Público. Vicedecano académico de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá, coordinador de la Maestría y de la Especialización en Derecho Constitucional. Correo electrónico: androdriguezv@unal.edu.co

Pablo Ignacio Reyes Beltrán, licenciado en Ciencias, politólogo, magíster en Derecho, doctorando en Estudios Políticos y Relaciones Internacionales. Profesor de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá. director del grupo de investigación "Derecho constitucional y derechos humanos" de la misma Universidad. Correo electrónico: pirezsb@unal.edu.co

Recibido: 8 de marzo de 2022; **evaluado:** 21 de marzo de 2022; **aceptado:** 6 de abril de 2022

* Este artículo es uno de los resultados de la convocatoria "Para el apoyo a la publicación de artículos científicos en revistas indexadas con alto factor de impacto para la visibilización de investigación 2020 de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia" (código Hermes 52896), como producto del grupo de investigación "Derecho constitucional y derechos humanos".

THE LEGALIZATION OF PUBLIC POLICY: BLURRED BOUNDARIES BETWEEN LAW, POLITICS, AND GLOBALIZATION

ANDRÉS ABEL RODRÍGUEZ VILLABONA
PABLO IGNACIO REYES BELTRÁN
UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

Abstract

In the last thirty years, Colombia has undergone an accelerated process of change in the general conception of law and, specifically, in the field of constitutional law, which has shed light on various areas of the legal and political field, as is the case of public policies. In countries like Colombia, where there is a deficit in the protection and materialization of the social rights established in the Constitution of 1991, the Constitutional Court began to issue a series of judicial decisions that affect the formulation process of public policies by state authorities. Based on the above, tensions are evident between the formulation of public policies and the judicial decisions of the Constitutional Court regarding the guarantee of material and post-material rights.

Keywords: Constitution of 1991, juridization, public policy, constitutionalism, neo-constitutionalism, social rights.

The authors: Andrés Abel Rodríguez Villabona, lawyer, MA in Philosophy of Law, MA in Public Law, and PhD in Public Law. Associate Professor at the Faculty of Law, Political and Social Sciences of the Universidad Nacional de Colombia, Bogotá; academic coordinator of the MA and Specialization in Constitutional Law. E-mail: androdriguezv@unal.edu.co

Pablo Ignacio Reyes Beltrán, BSc, Political Scientist, MA in Law, PhD candidate in Political Studies and International Relations; professor at the Faculty of Law, Political and Social Sciences of the Universidad Nacional de Colombia, Bogotá. E-mail: pireyesb@unal.edu.co

Received: March 8, 2022; **reviewed:** March 21, 2022; **accepted:** April 6, 2022.

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA: LIMITES DIFUSOS ENTRE O DIREITO, A POLÍTICA E A GLOBALIZAÇÃO

ANDRÉS ABEL RODRÍGUEZ VILLABONA

PABLO IGNACIO REYES BELTRÁN

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

Resumo

Nos últimos 30 anos, a Colômbia vem presenciando um acelerado processo de mudança na concepção geral do direito e, em particular, do direito constitucional, o qual vem se estendendo a diversos âmbitos dos campos jurídico e político, como é o caso das políticas públicas. Nesse país, onde existe o déficit de proteção e materialização dos direitos sociais instaurados na Constituição de 1991, a Corte Constitucional começou a expedir uma série de decisões judiciais que incidem no processo de formulação das políticas públicas por parte das autoridades estatais. A partir disso, tensões em matéria de garantia de direitos materiais e pós-materiais vêm surgindo.

Palavras-chave: Constituição de 1991, judicialização, política pública, constitucionalismo, neoconstitucionalismo, direitos sociais.

Os autores: Andrés Abel Rodríguez Villabona, advogado, mestre em filosofia do direito, mestre em direito público e doutor em direito público. Professor associado da Faculdade de Direito, Ciências Políticas e Sociais da Universidad Nacional de Colombia, campus Bogotá, coordenador acadêmico do mestrado e da especialização em direito constitucional. Correio eletrônico: androdriguezv@unal.edu.co

Pablo Ignacio Reyes Beltrán, licenciado em ciências, politólogo, mestre em direito, doutorando em estudos políticos e relações internacionais. Professor da Faculdade de Direito, Ciências Políticas e Sociais da Universidad Nacional de Colombia, campus Bogotá. Correio eletrônico: pireyesb@unal.edu.co

Recebido: 8 de março de 2022; **avaliado:** 21 de março de 2022; **aceito:** 7 de abril de 2022.

Introducción

A partir del nacimiento de la Constitución de 1991, Colombia ha presenciado un acelerado proceso de cambio de la concepción del derecho y, de manera específica, del derecho constitucional, el cual ha afectado el campo jurídico y la formulación de la política pública, sobre todo cuando los derechos materiales y posmateriales son vulnerados. Esta variación se produce por dos motivos fundamentales: por una parte, el influjo de novedosas corrientes de pensamiento jurídico, promotoras de la constitucionalización del derecho; el aumento de la importancia de la figura del juez dentro del ordenamiento jurídico; la crítica generalizada del formalismo; la defensa del carácter normativo de los principios, y la concesión de márgenes amplios de interpretación por el juez constitucional, entre otros elementos de reciente acogida en el ambiente académico nacional. Por otro lado, la expedición de la Constitución de 1991, que consagró una amplia carta de derechos sociales y una sofisticada distribución del poder político, con un entramado de pesos y contrapesos, lo cual ha permitido el acercamiento de los ciudadanos a las normas constitucionales y la posibilidad concreta de defender sus derechos por vía de las acciones constitucionales, como la tutela.

El presente escrito se inscribe en el debate sobre el papel de la Corte Constitucional y su intervención en el proceso de formulación e implementación de la política pública por parte de los entes correspondientes a escala nacional, departamental y local, en relación con la garantía de los derechos materiales y posmateriales establecidos en la Carta, la ley y los tratados internacionales. Es importante mencionar que, en el desarrollo constitucional del Estado moderno, la judicatura es la rama que más ha acrecentado su participación en la estructura institucional, al punto de convertirse en un pilar de la organización política estatal y en la defensora por excelencia de los derechos sociales de las personas.¹ Dicha evolución se ha presentado por diversas causas, además de experiencias históricas, que han sido fuertemente vinculadas a las formas del Estado y al concepto del constitucionalismo en su versión del debate neoconstitucionalista.

Este proceso implicó un cambio en el rol del juez constitucional, que no solo es consecuencia y objeto de estudio del derecho constitucional, sino también de la teoría del derecho, pues:

¹ Boaventura de Sousa Santos, Maria Manuel Leitao y Joao Pedroso, “Los tribunales en las sociedades contemporáneas”, *Pensamiento Jurídico*, núm. 4 (1995): 26.

[...] el (neo)constitucionalismo, como teoría del derecho, aspira a describir los logros de la constitucionalización, es decir, de ese proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto a los existentes antes del despliegue integral del proceso mismo.²

Este cambio de paradigma ha puesto al derecho constitucional en el centro de la disciplina jurídica, posición que hace décadas ostentó el derecho civil. Al mismo tiempo, entregó al juez constitucional, sin base ni legitimidad popular, una vasta competencia derivada de la amplitud del texto constitucional, el cual le concede un gran poder de intervención en la formulación de políticas públicas por parte del Estado.

En Colombia, donde la protección y la materialización de los derechos sociales instaurados en la Carta de 1991 es deficiente, la Corte Constitucional comenzó a expedir decisiones que intervienen en el proceso de formulación de las políticas públicas por parte del Estado. De igual manera, los jueces emitieron órdenes de protección de derechos sociales fundamentales, lo que implicó su inscripción en el programa público de la Administración. Lo particular de estos eventos es que el juez constitucional se erige como actor del proceso de formulación de las políticas públicas, puesto que las acciones que deben iniciar las entidades estatales para cumplir las órdenes judiciales y proteger los derechos fundamentales de una población se deben materializar en dicha formulación e implementación. Por este motivo, las decisiones judiciales de estos jueces han sido objeto de críticas en los ámbitos jurídico y político, debido a su nuevo papel.

A causa de lo anterior han surgido tensiones entre la formulación de políticas públicas y la decisión judicial, en particular en las sentencias proferidas por la Corte Constitucional. De esta manera, el escrito ilustrará el nexo entre el derecho y la política pública, preocupación compartida por juristas y politólogos que han planteado diferentes tipos de relación, ya sean de subordinación o dependencia, de complementariedad o subsidiariedad e, incluso, su negación. Desde el punto de vista teórico, se ha pretendido asimilar este vínculo a aquel entre Estado y sociedad civil, dejando el derecho al Estado y la política a la sociedad civil. Así, se ha planteado una diferenciación entre lo “ideal” y lo “real” y se ha llevado el derecho al campo de lo “real” y la política, al “ideal”, en términos de cumplimiento de las promesas

² Paolo Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico” en *Neoconstitucionalismo(s)*, ed. Miguel Carbonell (Madrid: Trotta, 2003), 82.

hacia la sociedad que el Estado deberá alcanzar desde el derecho y su incidencia en la formulación de la política pública.

En este debate, se ha llegado a plantear que la política está inmersa en el derecho, cuando los jueces, en especial los constitucionales, adoptan decisiones políticas justificadas desde los ámbitos de los derechos asociados a la dignidad humana. Las anteriores apreciaciones se fundamentan en la implementación de políticas públicas a partir de las decisiones de la justicia, en particular la constitucional, que inciden en los espacios públicos diferenciados de las esferas privadas y convierten al individuo, en la política, en un ser colectivo o social y, en el derecho, en uno que reclama sus derechos individualmente.

Con base en lo expuesto, con el escrito se pretende responder a los reparos que se han formulado desde diferentes orillas teóricas respecto a la intervención del juez constitucional en la administración pública y advertir sobre la legitimidad de esa intromisión fundamentada en el debate neoconstitucional. Más allá de las críticas y las ventajas aquí descritas, es preciso determinar por qué se ha presentado esta creciente intervención por parte de la Corte Constitucional. Dicho estudio nos acercará a la evaluación de la legitimidad que tiene ese Tribunal para incidir en la toma de decisión de la Administración e identificar cuándo interviene, advirtiendo que esa corporación no tiene una base popular.

La bibliografía nacional sobre el asunto se ha concentrado en los efectos de las decisiones judiciales³ y en su impacto en la Administración y en las políticas públicas. No obstante, no se han analizado los supuestos que activan la intervención del Tribunal Constitucional y, además, se ha dejado en un segundo plano el debate acerca de la legitimidad de las decisiones por parte de los jueces constitucionales.

En esta medida, se abordan la práctica judicial, con el neoconstitucionalismo como bisagra entre el derecho y la política pública, y sus transformaciones ante fenómenos como la globalización, una realidad que afecta lo local y sus poblaciones; el papel de los jueces constitucionales, y las políticas públicas como escenarios que garantizan la efectividad de los derechos sociales. El texto tiene tres ejes: i) la articulación de los nuevos debates neoconstitucionales con la garantía de la juridización y efectividad de los derechos sociales por medio de las sentencias del juez constitucional; ii) los

³ César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia* (Bogotá: DeJusticia, 2010), 24.

derechos sociales, entendidos como los valores democráticos de cohesión social, que deben ser garantizados por el juez constitucional ante la precariedad del Legislador para hacerlos realidad, y iii) la globalización y su efecto en el campo jurídico y la formulación de políticas públicas.

En este orden, el artículo se divide en tres acápites que concretarán la defensa de los derechos sociales por parte de la Corte Constitucional. Estos son: i) las nuevas formas de constitucionalismo, es decir, el neoconstitucionalismo y su relación con la juridización del derecho; ii) el activismo judicial que desencadena este constitucionalismo, como posibilidad de garantizar la efectividad de derechos sociales desde la decisión judicial, y iii) las políticas públicas y su nexa con la globalización, en cuanto a su influencia en la toma de decisiones del juez constitucional.

Constitucionalismo y neoconstitucionalismo

El constitucionalismo moderno se desarrolló en Europa a finales del siglo XVIII e inicios del XIX, con la finalidad de encontrar mecanismos normativos e institucionales, elaborados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, para limitar los poderes del Estado, además de garantizar y proteger derechos fundamentales.⁴ Según Comanducci existen varias dicotomías sobre el constitucionalismo moderno, como ideología jurídica. La primera dicotomía distingue dos tipos de constitucionalismo: en sentido amplio y en sentido restringido. El primero es la “creación —cualquiera— constitución a fin de limitar el poder y prevenir el despotismo; y el segundo, es la ideología que requiere la creación de un *específico* tipo de Constitución a fin de limitar el poder, y de prevenir el despotismo”.⁵

En esta dicotomía se identifican dos posiciones teóricas:

[...] la primera, es la ideología que requiere una constitución solamente para limitar el poder existente, sin prever una específica defensa de los derechos fundamentales; el segundo, llamado también liberal, el cual realiza un desarrollo ideológico más extenso, del cual se concluye que la constitución debe garantizar los derechos y libertades fundamentales frente a poder estatal.⁶

⁴ Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo”, 75-76; Juan Jaramillo, Mauricio García, Andrés Abel Rodríguez y Rodrigo Uprimny, *El derecho frente al poder. Surgimiento, desarrollo y crítica del constitucionalismo moderno* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2018), 735-736.

⁵ Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo”, 77.

⁶ Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo”, 77.

De las anteriores precisiones se desprende que el constitucionalismo es empleado para convertir una organización social en una forma de gobierno, con ciertos límites y atribuciones como marco de referencia para asegurar el cumplimiento de las funciones propias del Estado, sin ir en detrimento de los derechos de los ciudadanos, quienes son sus asociados.⁷

El consenso sobre lo que es el constitucionalismo es el resultado de una lectura de múltiples momentos en los que diversas sociedades han reflexionado sobre cómo poner límites al poder de sus gobernantes y, en algunos casos, acerca de conseguir herramientas para garantizar derechos y libertades⁸.

Una segunda dicotomía surge del debate entre las corrientes denominadas constitucionalismo de los contrapoderes y constitucionalismo de las reglas. El primero supone que la Constitución debe establecer un sistema de pesos y contrapesos; el segundo afirma que esta debe ser una carta de derechos que tienen que anteponerse axiológicamente a otras regulaciones estatales, de modo que ninguna institución creada después de la Constitución esté facultada para obrar en contra de los derechos fundamentales allí consagrados.⁹

La tercera dicotomía es la que existe entre el constitucionalismo reformista y el constitucionalismo revolucionario. Para el primero, el poder existente requiere un acuerdo o la promulgación de una nueva Constitución de forma pactada, mientras que el segundo supone que el acatamiento de una nueva Carta obedece al surgimiento de un nuevo poder, el cual se instaura necesariamente por la destrucción o el desmonte del anterior por vía de la revolución.¹⁰

En este orden de ideas emerge un tránsito del constitucionalismo al neoconstitucionalismo que, como lo menciona Comanducci, se desprende de los siguientes elementos: rigidez de la Constitución; control de constitucionalidad de las leyes por parte de una alta corte; fuerza vinculante de la Carta para garantizar el Estado social de derecho; interpretación de las disposiciones constitucionales; empleo de las

⁷ Jorge Carvajal, “El constitucionalismo social y el nuevo derecho”, *Novum Jus* 10, núm. 1 (2016): 7-8. Ver también la extensa producción de Rodrigo Uprimny y Mauricio García al respecto.

⁸ Juan Jaramillo, Mauricio García, Andrés Abel Rodríguez y Rodrigo Uprimny, *El derecho frente al poder. Surgimiento, desarrollo y crítica del constitucionalismo moderno* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2018), 735-736.

⁹ Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo”, 78.

¹⁰ Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo”, 78; Jaramillo, García, Rodríguez y Uprimny, *El derecho frente al poder*, 853.

disposiciones constitucionales por parte de los jueces; interpretación constitucional de las leyes ordinarias, e influencia directa del espíritu de la Constitución en las relaciones políticas.¹¹

Por otro lado, el neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo, en el cual se enmarca la Constitución Política de 1991, es un movimiento que tiene su nicho de debate en la academia mucho más que en la política, en un mundo en donde la reflexión sobre la construcción de las Cartas se encuentra en un estancamiento aparente, producto, en buena parte, del supuesto de que los Estados de derecho plenamente reconocidos tienen una Constitución. Las reflexiones de los neoconstitucionalistas se centran en la manera en que esta debe ser interpretada, su alcance y en cómo darle vida fuera del papel, como una herramienta real de garantizar y materializar derechos sociales.¹²

Comanducci retoma a Norberto Bobbio para referirse a tres corrientes básicas de neoconstitucionalismo: la teórica, la ideológica y la metodológica.¹³ La primera propone una reconstrucción del constitucionalismo en términos descriptivos, es decir, pretende recopilar sistemáticamente los avances en los movimientos y procesos constitucionales existentes, en un esfuerzo por recopilar los postulados y consolidar un catálogo de derechos fundamentales, de reglas y de principios extraíbles de las Constituciones.¹⁴ El neoconstitucionalismo teórico es un modelo positivista de estudio de las formas constitucionales contemporáneas, que busca provocar presiones sobre los sistemas jurídicos actuales, con una pretensión altamente descriptiva.¹⁵

El segundo, el neoconstitucionalismo ideológico, cambia el acento respecto al constitucionalismo moderno: pasa el énfasis del ejercicio constitucional a la protección y la garantía de derechos fundamentales. Este no se limita al ejercicio de las Cartas Constitucionales, sino que reflexiona sobre la armonización de todo el sistema jurídico con los postulados constitucionales, interpretados siempre a favor de la defensa de derechos fundamentales de la población, en especial respecto a la

¹¹ Ricardo Guastini, "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano" en *Neoconstitucionalismo(s)*, ed. Miguel Carbonell (Madrid: Trotta, 2003), 15.

¹² J. Ignacio Núñez Leiva, "Constitución, neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas)", *Estudios Constitucionales* 10, núm. 2 (2012): 524.

¹³ Comanducci, "Formas de (neo)constitucionalismo", 82.

¹⁴ Nicole Velasco Cano y Jairo Vladimir Llano, "Teoría del derecho, neoconstitucionalismo y modelo de Estado constitucional en el contexto colombiano", *Novum Jus* 9, núm. 2 (2015): 52-53.

¹⁵ Comanducci, "Formas de (neo)constitucionalismo", 83-85.

dignidad humana. Los neoconstitucionalistas ideológicos reabren el debate relativo a los nexos entre el derecho y la moral, apoyados en fuentes diversas como Alexy, Dworkin y Zagrebelsky, quienes redimensionan el ejercicio constitucional y afirman, en últimas, cómo puede subsistir la obligación moral de obedecer la Constitución y las leyes que son conformes a esta.¹⁶

El tercero, el neoconstitucionalismo metodológico o conceptual, se centra en combatir la tesis que afirma que siempre es posible identificar y describir el derecho como es y distinguirlo, por tanto, del derecho como debería ser, puesto que reconoce que en las Constituciones existe un componente del derecho que debe ser, pero que la fuerza normativa que se produce hoy en las Cartas hace que sea imposible separar el contenido moral de la idealización.¹⁷

De esta manera, las Constituciones, en su multiplicidad de formas, sintetizan debates de los pueblos en torno a asuntos fundamentales para mantenerlos congregados, dotar de contenido la idea siempre cambiante del bien común y la necesidad de poner límites y definir las atribuciones del poder.¹⁸

Para Motta, “el sentido del interés general como interés de todos, sería la realización del interés moderno de autonomía y de freno al despotismo del poder”.¹⁹ Esta idea está fuertemente ligada a los postulados de los Estados liberales a los que en un principio acudió Colombia para la redacción de las Constituciones del siglo XIX, específicamente la de 1886, que fue la guía del país hasta la promulgación de la de 1991.

A finales del siglo XIX, la tradición constitucional colombiana —que toma como ejemplo las revoluciones estadounidense y francesa, así como los esfuerzos constitucionales subsecuentes— se inclinó por consignar la defensa de los intereses particulares, como la vida, la libertad y las posesiones. En esta tradición liberal, se asume que “el interés general no es nada distinto al interés de los individuos que conforman la sociedad”.²⁰ La colectividad se asume desde allí como la congregación

¹⁶ Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo”, 85-87.

¹⁷ Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo”, 87-88.

¹⁸ Cristina Motta, “Intereses y derechos: transición al Estado social” en *Ética y conflicto. Lecturas para una transición democrática*, comp. Cristina Motta (Bogotá: Tercer Mundo Editores, Ediciones Uniandes, 1995), 207-208.

¹⁹ Motta, “Intereses y derechos”, 207.

²⁰ Motta, “Intereses y derechos”, 209-210.

particularizada de intereses, de manera que el bien común reside en defender esa autonomía, con garantías a la realización de tales intereses.²¹

No obstante, esa es una de las dos maneras de entender el bien común. En una postura alterna se encuentran las ideas propias de la tradición comunitarista, que de plano rechaza la idea de la “maximización del interés particular para alcanzar el general”; por el contrario, considera la existencia de unos fines propios del ente colectivo. Esta tendencia ofrece una alternativa de superación de los intereses individuales, al darle forma a un interés colectivo superior y argumentar que la relación constante entre el individuo y la colectividad hace que los valores morales se construyan en el seno de ese vínculo y hace “inseparables los valores individuales a los fines colectivos”.²²

En esta línea, el espíritu de la Asamblea Constituyente que dio origen a la Constitución de 1991 optó por redactar un documento que encarnara la defensa de ambas tradiciones: por un lado, el reconocimiento y la defensa de los derechos individuales y, por otro, la promesa de garantizar derechos fundamentales a las colectividades, ligadas con el interés general. Cristina Motta sostiene:

[...] la Constitución colombiana, al recoger aspectos tanto individualistas como comunitaristas para la orientación de las conductas colectivas, asume una pertinente ética cercana a la hibridación o constitucionalismo social que, en términos políticos, se denomina liberalismo social y en términos constitucionales, Estado social de derecho.²³

El nuevo derecho —neoconstitucionalismo— aboga por la constitucionalización del derecho, lo que le confiere relevancia jurídica a la Constitución y deja de comprenderse como una mera carta política o directriz. Así, sus contenidos, que son divididos por algunos jurisprudentes en dos partes, una dogmática y otra orgánica, no solo sirven como pilar del Estado de derecho, que ahora adquiere carácter social, constitucional y democrático, sino que, además, es una herramienta de control normativo e, incluso, un instrumento de reivindicación de derechos sociales de sectores vulnerables de la población²⁴.

²¹ Motta, “Intereses y derechos”, 209-210.

²² Motta, “Intereses y derechos”, 211-212.

²³ Motta, “Intereses y derechos”, 213.

²⁴ Andrés Abel Rodríguez, “El Estado como proyecto en la Constitución de 1991”, *Revista Análisis Político* 34, núm. 101 (2021): 55.

Esta novedosa corriente promueve una judicialización del derecho, por la que se experimenta la emergencia del papel activo del juez constitucional, quien deja de ser un simple aplicador de la norma para convertirse en creador del derecho para el caso concreto y que, mediante mecanismos como la doctrina del precedente judicial, tiene la posibilidad de generar auténticas reglas de derecho, en algunos casos de obligatorio cumplimiento para otros operadores jurídicos y funcionarios, pertenecientes no solo a la Rama Judicial, sino también a la administración del Estado y al Legislativo, el cual debe observar con atención los pronunciamientos proferidos por la Corte, so pena de viciar de inconstitucionalidad las leyes.

Este proceso también ha contribuido a la “humanización” del derecho, entendida como la importancia que han adquirido los derechos humanos en la estructuración jurídico-política del Estado, en particular el concepto de derechos fundamentales, que ha excedido el estricto ámbito de los denominados derechos de primera generación, de corte civil y político, para incluir prerrogativas de carácter social, económico y colectivo. Aunque siguen siendo derechos de marcado tinte liberal, la subjetivación de estos y el establecimiento de mecanismos prácticos de defensa han permitido su democratización y han dejado de ser de conocimiento exclusivo de un grupo privilegiado para convertirse en una herramienta de acción a la que la mayoría de la ciudadanía tiene acceso.

Sobre exigibilidad y justiciabilidad de los derechos

El camino de exigibilidad y justicialidad de los derechos tiene dos sentidos: uno, lo que se hace en los escenarios nacionales por medio de la constitucionalización de los derechos, la creación de mecanismos constitucionales para protegerlos y el desarrollo legislativo; dos, la forma como se concreta en las políticas públicas orientadas por los gobiernos nacionales, departamentales y locales. Una vía para materializar los derechos políticos o sociales corresponde a las políticas públicas y otra es la exigibilidad y la justiciabilidad de los derechos, que puede diferenciarse entre civiles y políticos con carácter de concreción inmediata y los derechos sociales, de realización progresiva.

Abramovich y Courtis describen los derechos sociales como “derechos de grupos”²⁵ y no de individuos, lo que implica la necesaria adscripción a un colectivo; son “derechos de desigualdades”, con la pretensión de ser instrumento que las compense;

²⁵ Victor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Madrid: Trotta, 2004), 49.

“son fruto del intento de elaboración técnico-jurídica de posiciones jurídicas subjetivas (individuales o colectivas) configuradas en consonancia con la lógica de este paradigma”;²⁶ además, están orientados a “equilibrar las situaciones dispares, a partir de la garantía de estándares de vida mínimos o de mejores oportunidades a los grupos sociales, o tratando de compensar las diferencias de poder en las relaciones que este produce”.²⁷ Por tal razón, el individuo está involucrado en un contexto social desigual y es el Estado el responsable de garantizar el equilibrio. Existe una tendencia a asociar los derechos, en particular los sociales, con el desarrollo y la lucha contra la pobreza; de allí que se ubiquen en estudios de organismos como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, el Fondo Monetario Internacional, entre otros.

Por su parte, Rodolfo Arango concibe los derechos sociales como “el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo”.²⁸ Este carácter fundamental que les atribuye implica una correlativa obligación de garantía por parte del Estado, no condicionada ni supeditada a los recursos que tenga. Arango establece una relación entre lo positivo y lo fundamental, de modo que se determine el contenido del derecho desde lo factico, real o concreto; por tal razón, van más allá de una simple declaración de intenciones o de reconocer solamente aquellos que están positivados, es decir, incorporados en la norma. En este punto estaríamos hablando del reconocimiento, esto es, la forma en que el derecho concreta esos ideales a alcanzar en relación con un individuo, dentro de un contexto de relaciones sociales o colectivas.

Sin embargo, a este reconocimiento le hace falta la justiciabilidad y allí entra la justicia constitucional para brindar garantías. Para Abramovich y Courtis, la justiciabilidad es la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento de, al menos, algunas de las obligaciones que se derivan del derecho.²⁹ En esta medida, un derecho social existe cuando existe un poder jurídico al que el titular del derecho puede acudir para su protección, cuando se incumple la obligación de su garantía; es justiciable si puede ser exigido en el ámbito judicial.

²⁶ Abramovich y Courtis, *Los derechos sociales*, 51.

²⁷ Abramovich y Courtis, *Los derechos sociales*, 50.

²⁸ Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales* (Bogotá: Legis, 2005), 8-9.

²⁹ Abramovich y Courtis, *Los derechos sociales*, 24.

En este punto se establece una relación entre la actividad judicial y la responsabilidad del Estado de acudir a políticas públicas para garantizar estos derechos:

[...] el Poder Judicial, provocado adecuadamente, puede ser un poderoso instrumento de formación de políticas públicas. Ejemplo de eso es el caso de la seguridad social brasileña. Si no fuese por la actitud de los ciudadanos de reivindicar judicialmente y en masa sus intereses o derechos, estaríamos más o menos donde estuvimos siempre.³⁰

Aclaremos el planteamiento de Arango, quien identifica la plena justiciabilidad cuando se está garantizado el procedimiento para hacer exigibles los derechos en caso de incumplimiento por parte de los entes gubernamentales. Lo anterior implica que, además del reconocimiento, debe declararse la responsabilidad de quien estaba obligado a cumplir, así como la forma en que se ejercerá concretamente el derecho y su reparación integral. Agrega que la justiciabilidad incluye el reconocimiento y su exigibilidad y por eso se usan como sinónimos, aunque el reconocimiento de los derechos sociales fundamentales es la condición necesaria, pero no suficiente, para lograr su justiciabilidad.³¹

En síntesis, los derechos sociales se concretan en dos escenarios: en la formulación de políticas públicas, que es el escenario natural, y en el escenario judicial, caracterizado en materia de reconocimiento de derechos sociales como activismo judicial. Sobre la relación de políticas públicas y la concreción de derechos sociales, un ejemplo es el análisis acerca de desarrollo, derechos sociales y políticas públicas³² a partir de la definición de un enfoque de derechos sociales en las políticas públicas y cómo estas son incorporadas al contexto del desarrollo humano como una garantía para que los individuos alcancen su potenciales y capacidades, y así aumenten las condiciones de vida digna que pretenden promover los derechos sociales. Abramovich y Curtis mencionan algunos casos de exigibilidad de derechos sociales en América Latina:

La jurisprudencia de los tribunales nacionales en los países de la región brinda ejemplos de algunas vías que ya han sido exploradas con éxito para exigir al Poder Judicial local el cumplimiento de su función de garantía de los derechos

³⁰ Abramovich y Courtis, *Los derechos sociales*, 33.

³¹ Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, 116.

³² Luis Eduardo Pérez, “Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas” en *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, Luis Eduardo Pérez Murcia, Rodrigo Uprimny Yepes, César A. Rodríguez Garavito (Bogotá: DeJusticia, 2007).

económicos, sociales y culturales. En tal sentido, se ha logrado que los jueces obliguen al Estado a suministrar medicamentos a todos los portadores de VIH-Sida de un país; a fabricar una vacuna y proveerla a todos los habitantes afectados por una enfermedad endémica; a crear centros de atención materno-infantil para un grupo social discriminado; a proveer de agua potable a toda una comunidad indígena; a extender la cobertura de un beneficio educativo o asistencial a un grupo originariamente excluido; a reintegrar a una escuela secundaria privada a alumnos que sufrieron una expulsión injustificada, entre otros casos relevantes.³³

La situación que hasta ahora se ha pretendido reconstruir en el escrito es la relación entre derecho y política pública frente al cumplimiento de los derechos sociales, la cual recae, por un lado, en los jueces y sus fallos, que obligan la concreción de derechos exigibles al Estado, sean individuales o colectivos y, por otro, sobre el gobierno y las políticas públicas que se diseñan para su cumplimiento, y sobre el Legislativo y su producción. Sin embargo, no son suficientes para lograr la inclusión social y colectiva de los individuos en sociedad.

Activismo judicial para garantizar derechos sociales

El activismo judicial se ha planteado como una propuesta novedosa para garantizar los derechos sociales, ante la imposición del modelo económico de mercado que se extendió por el mundo a finales del siglo XX, con los cambios económicos liderados por Reagan y Thatcher en mundo occidental y la apertura económica, instaurada en Colombia por César Gaviria en 1990.

El activismo judicial y su relación con las decisiones de los jueces constitucionales han recibido varias críticas. En primera instancia, lo señala Mauricio Martínez,³⁴ la independencia del juez constitucional puede verse limitada por la política y, de este modo, obedecería a las presiones mediáticas, de la opinión pública y de académicos o incluso al tipo de vinculación o de permanencia de los jueces en los altos tribunales. Así las cosas, su imparcialidad y su legitimidad deben estar en función de la argumentación y la justificación de sus decisiones, lo que implica

³³ Abramovich señala que, en la investigación de 1999, “*Los derechos económicos, sociales y culturales. Un desafío impostergable*”, del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), se pueden apreciar algunas experiencias en Argentina, República Dominicana, Venezuela y Nicaragua. Abramovich y Courtis, *Los derechos sociales*, xx.

³⁴ Mauricio Martínez, *La constitucionalización de la justicia y la autonomía judicial* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2009), 65.

que deben sujetarse a los principios y las reglas constitucionales y apartarse de tomar decisiones discrecionales. Sin embargo, en la práctica, algunos jueces no son apolíticos, lo que se observa en su adscripción a un partido político o a una ideología determinada que puede salir a flote, más aún en el momento de interpretar la norma.³⁵ Sería ingenuo decir que la justicia constitucional no es política o no implica un acto de poder, puesto que es un escenario de transformación de la sociedad, al crear derecho y proteger derechos.

Una segunda crítica viene desde el constitucionalismo aspiracional de García Villegas, quien ve dos obstáculos y dificultades para garantizar derechos a la población: de un lado, el aseguramiento de la seguridad jurídica y, de otro lado, los criterios de maximización económica relacionados con la riqueza. Entonces, el activismo judicial solo tiene un efecto simbólico o programático. La garantía de la equidad social y la justiciabilidad de los derechos sociales no puede ser únicamente legislativa o estar supeditada a una decisión técnica que concluye que no hay presupuesto —disciplina fiscal—. Por tanto, no es plausible que el derecho se subordine a la economía y los derechos asociados a la dignidad humana queden reducidos a la vida, la libertad y la propiedad.

García Villegas plantea que el progresismo es la justiciabilidad de los derechos sociales y que por eso se requieren Constituciones aspiracionales, aunque riñan con los principios de maximización de la economía y con la seguridad de los derechos de propiedad. La dificultad radica también en hallar el modo de hacer cumplir una Constitución aspiracional cuando hay debilidad institucional, desigualdad social y debilidad en los movimientos sociales y sus acciones a la hora de reclamar derechos.

Al preguntarse si los jueces progresistas desde el derecho aspiracional pueden hacer transformaciones por la vía judicial y, específicamente, por medio del derecho, García Villegas plantea que en los ochenta una corriente, la sociología del derecho, señalaban que a través de las decisiones judiciales se lograban cambios, mientras que los estudios críticos del derecho no le daban esa utilidad práctica, aunque una visión moderada le daba cierta atribución al derecho y la decisión judicial de favorecer los movimientos sociales y sus exigencias de derechos. García señala:

[...] el constitucionalismo aspiracional es importante para las prácticas políticas en la medida en que, por un lado, facilita la conciencia política emancipatoria

³⁵ Martínez, *La constitucionalización de la justicia*, 80-81.

de algunos grupos sociales excluidos y, por otro, facilita estrategias posibles de acción legal y política para remediar la situación de los afectados [...] ayuda a crear la identidad del sujeto político. [...] el constitucionalismo aspiracional puede incidir de manera favorable en la realidad social y política cuando es capaz de inculcar en la mente de los miembros de los movimientos sociales y de las personas, en general, un espíritu anticonformista, que se funda en la afirmación autorizada de que la injusticia existe y debe ser remediada.³⁶

Empero, no es tan esperanzador, porque el constitucionalismo progresista puede servir más para la dominación que para el progreso social, en la medida en que hay ausencia de procesos contrahegemónicos por parte de los grupos o movimientos sociales. En sentido contrario, si los movimientos sociales se apropian más del derecho como estrategia jurídica, el constitucionalismo aspiracional puede operar como mecanismo de emancipación social.

El peligro de la Constitución aspiracional es su alejamiento de la realidad social, pues plantea un escenario futuro e ideal; por eso deben trazarse expectativas realizables, fundadas en un constitucionalismo militante que cuente con la participación de los movimientos sociales y que reduzca la brecha entre el anhelo y la realidad: un constitucionalismo empeñado en la protección de derechos.

Sobre este protagonismo judicial también se refiere Boaventura de Sousa Santos, al estructurar la sociología crítica de la justicia de cara a indagar por los sistemas de justicia. Parte del presupuesto de que el protagonismo judicial, tanto en Europa como en América, constituye un fenómeno que califica como intrigante para la sociología y la ciencia política contemporánea,³⁷ debido a la posición del juez en la definición de problemas sociales y su concreción. Este tema también propicia un debate entre el derecho constitucional y la teoría política en la medida en que los jueces intervienen para solucionar los problemas sociales estructurales, al ser una situación de origen social y no natural, como lo sostienen los liberales.³⁸

El protagonismo judicial enmarca un nuevo reto de análisis desde la sociología política y jurídica, como lo afirma De Sousa Santos; sin embargo, es claro que las otras ramas —Ejecutiva y Legislativa— deben recuperar su funciones y no dejar

³⁶ García, "El derecho como esperanza", 226.

³⁷ Boaventura de Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho* (Madrid: Trotta, 2009), 76-85.

³⁸ Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social*, 31.

que el cumplimiento de los derechos sociales esté garantizado solo después de entablar demandas ante el Poder Judicial que, además de desgastarlo, limitan el ejercicio universal de los derechos sociales de todos los individuos.

Este protagonismo también puede abrir nuevos escenarios de participación de los jueces, puesto que no se limita a emitir órdenes cerradas de protección de derechos en las que se define qué se debe hacer, u órdenes abiertas en las que solo se alude a la función del poder político de desarrollar políticas públicas para realizarlos, sino que, como en el caso colombiano, las sentencias sobre desplazamiento forzado atienden a una modalidad de órdenes abiertas con supervisión, que terminan siendo espacios de deliberación en donde se materializa el seguimiento de las políticas públicas por parte de los individuos y de los Poderes Ejecutivo y Judicial, en conjunto.

Nuevas formas de constitucionalismo como escenario de juridización de la política pública

La justiciabilidad de los derechos sociales se ha concretado en su reconocimiento en las Constituciones nacionales, en algunos tratados sobre derechos sociales y en los trabajos realizados por los tribunales constitucionales. Los trabajos sobre la justiciabilidad de los derechos sociales nos acercan al problema de la legitimidad del derecho contemporáneo, que ante la falta de responsabilidad política del ejecutivo y el legislativo de materializar los derechos sociales de la ciudadanía, que no encuentra dolientes ante sus reclamos, encuentran respuesta en los jueces y sus decisiones quienes terminan garantizando derechos fundamentales relacionados con la dignidad humana.

Ante el deterioro del interés general y la acción del Estado en la formulación de políticas públicas, el nuevo orden jurídico —construido por varios centros y actores— resalta el papel del juez constitucional en el proceso de garantizar derechos sociales mediante la formulación de políticas públicas; allí tendrá la capacidad de influir en las acciones del Estado y sus entidades gubernamentales, con la interpretación de los valores políticos que la sociedad ha difundido como propios en las democracias y los Estados liberales y que se encuentran contemplados en la Constitución.³⁹

³⁹ Grenfieth de Jesús Sierra Cadena, *El juez constitucional: un actor regulador de las políticas públicas* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2009), 169.

La legitimidad del juez constitucional es el centro del debate político y jurídico contemporáneo, al buscar comprender su papel y dimensión en el Estado de derecho. En este sentido, José A. Jiménez manifiesta:

El tribunal constitucional obtiene su legitimidad no tanto porque sus miembros sean elegidos de acuerdo con cierto método, lo que no deja de tener importancia, [...] la legitimidad la obtiene de sus decisiones, o mejor dicho, antes que por sus decisiones, como por la manera en que las alcanzan, por la manera en que las fundamentan. En este sentido, Habermas defenderá, como hemos visto, una interpretación procedimental de la constitución, a través de la cual legitimará su actuación [...]. La propuesta de Habermas es impecable, en tanto que la tenemos como aquello que indica lo que el tribunal constitucional debe hacer, es decir, en tanto que la entendamos como formulación de su programa, que debería ser la “guía” de actuación de este, así como su transgresión, constituirá la razón y justificación de la crítica de sus decisiones.⁴⁰

Por otro lado, los debates giran alrededor de si las decisiones del juez constitucional están regidas o apegadas a la interpretación de la Constitución o respetan los límites impuestos por esta. En este sentido, los defensores de la intervención del juez constitucional para garantizar el respeto y la protección de los valores democráticos en el Estado social de derecho, ante intereses privados o abusos del poder público, han reconocido el carácter político de sus decisiones. Lo anterior demuestra la dimensión política del juez constitucional, a causa de la naturaleza de sus decisiones, las cuales son de poder, así su origen sea jurídico y constitucional.⁴¹

Robert Alexy justifica la anterior afirmación desde el mismo derecho, al sostener que los derechos sociales son *prima facie*, postura desarrollada en Colombia por Bernal Pulido:

Los enunciados de los derechos fundamentales sociales dan lugar a normas y posiciones *facie*, que admiten restricciones legislativas, siempre y cuando sean proporcionadas [...]. Según esta teoría, las disposiciones constitucionales sobre derechos sociales se concretan en posiciones que imponen al legislador un determinado deber de legislar [...]. En esta estructura, el individuo tiene *prima facie*, un derecho no a un mínimo, sino a todos los medios naturales necesarios para el ejercicio de sus libertades, de los derechos políticos y para

⁴⁰ José Joaquín Jiménez Sánchez, “La legitimidad del juez constitucional”, *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, núm. 36 (2002): 324-325.

⁴¹ Sierra Cadena, *El juez constitucional*, 169.

el cubrimiento de sus necesidades básicas [...]. La de protección deficiente ha ocupado el centro de una interesante polémica doctrinal, inaugurada por la sentencia que el tribunal constitucional alemán pronunció en el segundo caso sobre el aborto [...]. Este tribunal sostuvo [...] que el legislador debe observar las exigencias de la prohibición de la protección deficiente en la configuración de los deberes de prestación y de protección estatal [...]. Toda admisión absoluta o relativa que constituye una intervención en un derecho social es inconstitucional, a menos que esté justificada por las exigencias de los subprincipios de idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto.⁴²

De acuerdo con estas precisiones, Bernal Pulido sostiene que la doctrina jurídica alemana, en la que el juez constitucional interviene en la tutela de los derechos sociales y su concreción en derechos fundamentales ante la omisión del Legislador de protegerlos y garantizarlos, es una idea *prima facie*. Estos derechos se materializan en mandatos objetivos que le competen a la Administración del Estado y se concretan en la formulación de políticas públicas. En este sentido, los derechos sociales y las políticas públicas guardan una unidad indisoluble.⁴³

El desarrollo del derecho y la teoría constitucionales involucra la doctrina de los derechos fundamentales protegidos por la constitución y la acción legítima del Estado como los dispositivos principales en la definición de la estructura institucional y legal para promover la libertad y la igualdad entre los ciudadanos los cuales deben ser fórmulas de cumplimiento efectivo. Por tanto, es indispensable que puedan involucrarse temas considerados teóricos desde el constitucionalismo, como el tipo de democracia, la relación entre Estado y sociedad, las características esenciales de la organización social y los derechos que el Estado debe proteger a los miembros de la sociedad, lo que facilitaría la participación de los ciudadanos en los ámbitos político, económico, social y cultural.

Más allá de las dificultades de la norma fundamental —si responde a la realidad social o no— y del paradigma en el que esté ubicada, la pregunta es si el escenario judicial es el único en el que se puede concretar el ideal de garantizarle sus derechos sociales a la ciudadanía. Al respecto, los estudios del profesor Uprimny⁴⁴

⁴² Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006), 139.

⁴³ Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, 169-170.

⁴⁴ Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny Yepes, “Corte Constitucional y emancipación social” en *Emancipación social y violencia en Colombia*, ed. Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (Bogotá: Norma, 2004), 74.

sobre algunas decisiones de la Corte Constitucional colombiana, consideradas progresistas, parecieran destacar esta alternativa; sin embargo, existen diversas fuentes normativas internacionales y nacionales que disponen quién y cómo deben cumplirse los derechos, por ejemplo, los derechos sociales instituidos en el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (DESC), lo cual supone la disminución del poder de los Estados y el aumento del poder de organizaciones internacionales que definen qué y cuáles son los derechos sociales y cuáles son su contenido y su alcance, como es el caso de las decisiones adoptadas en el marco de la instituciones dependientes de la ONU, que llevan un velo de legitimidad y consenso irrefutable.

La concreción de los derechos humanos mediante la justicia constitucional ha llevado a hablar de un activismo judicial, en contraposición al deterioro de los otros poderes, y de un seguimiento riguroso por parte de los jueces constitucionales a las políticas públicas. Este protagonismo de los jueces en la realización de los derechos humanos ha sido catalogado como “neoinstitucionalismo progresista” y es una tendencia mundial que se puede apreciar en India, Sudáfrica y Argentina y en la Sentencia T-025 de 2004 de la Corte Constitucional colombiana.⁴⁵

En este sentido los jueces y el activismo judicial vienen a ejercer un contrapeso y a dar una respuesta cuando hay ausencia o deficiencia de políticas públicas que garanticen los derechos sociales, económicos y culturales. Como se plantea en la sentencia mencionada⁴⁶ y en los autos que la complementan, se refuerza el efecto de política pública y, de esta forma, se logra que no se produzca un estancamiento en las decisiones judiciales en temas de derechos sociales ante los bloqueos institucionales.⁴⁷

De acuerdo con el profesor Commaille, el “fenómeno de judicialización de lo político se manifiesta especialmente en dos ámbitos: en las políticas públicas y en la defensa de los derechos fundamentales”.⁴⁸ Sin embargo, la forma tradicional como se desarrollan ambos temas requiere ajustes que respondan a las nuevas necesidades, problemas y retos que enfrentan estas sociedades globales, ya sea por vía de nuevas propuestas democráticas, de formulación de políticas públicas o del

⁴⁵ Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social*, 16.

⁴⁶ República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-025 del 5 de noviembre de 2004*, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴⁷ Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social*, 191-245.

⁴⁸ Jaques Commaille, “¿Es la justicia la nueva “razón” política universal?”, *Pensamiento Jurídico*, núm. 27 (2010): 73.

neoconstitucionalismo o constitucionalismo global. Esto, para superar las tres rutas por las que ha avanzado la tendencia global del constitucionalismo: la primera, transición única por medio de la incorporación del control constitucional a las Cartas de regímenes semidemocráticos o autoritarios; la segunda, la transición doble, que incorpora los derechos constitucionales y el control constitucional, y la tercera, un cambio más moderado, que no implique la adopción de nuevas Constituciones o reformas a las existentes, sino solo algunas modificaciones.⁴⁹

Desde la segunda posguerra y, específicamente, después de la caída del muro de Berlín, la mayoría de los regímenes constitucionales se acercan a las posturas (neo) constitucionales, el cual contrasta con el constitucionalismo liberal clásico. El (neo) constitucionalismo se ha caracterizado por la adopción en las reformas o nuevas constituciones una serie de atributos valorativos y normativos al tribunal constitucional de proteger derechos fundamentales o de ejercer control constitucional a la política económica. Sin embargo, estas propuestas han respondido a un contexto también neoliberal, producto de la globalización, que ha propiciado un trabajo conjunto por la defensa de los principios de la democracia liberal.⁵⁰

El constitucionalismo global, por su parte, ha sido una propuesta que pretende “limitar el poder global a través de la adopción de valores como normas jurídicas internacionales que sirvan como defensa en contra de los abusos de poder global”.⁵¹ En el fondo, lo que se propone es crear una Constitución con efectos globales, que restrinja el ejercicio de ese poder público global en proceso de estructuración. Para Urueña,⁵² el constitucionalismo global tiene dos vertientes: i) la sustantiva, referida al núcleo duro del orden jurídico internacional que limita el poder global, y ii) la procedimental, que promueve ciertas reglas de juego, pero no es tan rígida como la propuesta sustantiva, de modo que pueda recuperarse la relación entre política y derecho en un escenario de gobernanza global.

Lo interesante es analizar si se necesita la concreción de un constitucionalismo global para realizar la propuesta de escenario jurídico-político de formulación de políticas públicas globales, donde en lo sustancial y en lo procedimental se garanticen tanto el uso de reglas claras como la forma de prevenir el abuso y el exceso del poder

⁴⁹ César Rodríguez Garavito, *La globalización del Estado de derecho: el neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina* (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009), 38-39.

⁵⁰ Rodríguez Garavito, *La globalización del Estado de derecho*, 44.

⁵¹ René Urueña Hernández, “Espejismos constitucionales. La promesa incumplida del constitucionalismo global”, *Revista de Derecho Público*, núm. 24 (2010): 14.

⁵² Urueña Hernández, “Espejismos constitucionales”, 14.

global, relacionadas con el mercado de los factores económicos o la imposición de discursos ideológicos o dominantes mediante la toma de decisiones para la protección y la garantía de los derechos humanos.

Conclusiones

El proceso de recepción de teoría jurídica foránea en Colombia ha sido intenso durante los últimos años⁵³. Su adaptación al contexto nacional y sus necesidades particulares, con base en la Constitución de 1991, ha permitido la construcción de interesantes teorías locales, en torno a las cuales se ha venido edificando una concepción propia del derecho, en la que son de generalizada aceptación y uso compartido temas como el activismo judicial, el valor jurídico de la Constitución, la necesidad de justificar adecuadamente las decisiones judiciales con argumentos razonables, la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, el reconocimiento normativo de los principios y su ponderación para la solución de controversias jurídicas, el intento de establecer un fuerte sistema de precedentes y elaborar una teoría plausible de los derechos fundamentales, así como del papel que le corresponde a la Corte Constitucional dentro de la estructura jurídico-política, entre otros.

Por otro lado, la articulación de las variables juridización del derecho, derechos sociales, políticas públicas y globalización permitió ahondar en cuanto a modelos constitucionales, prácticas jurisprudenciales y posibilidades de garantizar derechos sociales con la formulación de políticas públicas. Respecto a la globalización, analizamos su impacto en la creación de normas jurídicas por nuevos actores, la correspondiente cesión de poder del Estado y el efecto en la concepción y la percepción de este como único productor normativo.

En relación con los derechos sociales, se estableció que la distinción no está en su concepción universal, sino en su empleo, el cual debe contemplar las diferencias económicas, sociales y culturales que conforman el contexto donde se están garantizando. Se resalta la importancia de actualizar los procedimientos de protección de derechos sociales por medio de mecanismos democráticos de reclamación, lo que fortalecerá la participación de nuevas clases sociales emergentes. La justiciabilidad de estos derechos debe asegurarse por mecanismos judiciales que potencien el

⁵³ Andrés Abel Rodríguez, "La interacción entre ordenamientos jurídicos: trasplante recepción, adaptación e influencia en el Derecho", *Revista Iusta* 31 (2009): 99-100.

activismo judicial, aunque con el riesgo latente de que los jueces no sean imparciales, apolíticos o carentes de ideologías en sus fallos.

Se constató que el neoconstitucionalismo es una propuesta de justicia garantista de derechos sociales que permitirá la reivindicación de una justicia constitucional protectora no solo de los derechos humanos, sino de espacios de justicia social, desde la publicidad de las acciones que se pueden interponer ante los tribunales constitucionales y que se refleja, en la práctica, en la capacidad de producir políticas por parte de las entidades públicas y las autoridades gubernamentales para garantizar derechos sociales.

La definición de políticas públicas debe ser un proceso democrático, es decir, un espacio de articulación entre los actores, de participación, de consensos y de disensos, que admita la presentación conjunta de problemas y de alternativas de solución. Así, con la exigencia de justiciabilidad, se llegará a la formación colectiva de dichas políticas, en un marco de actuación libre de cualquier ideología.

Por último, las políticas públicas, en el contexto de la globalización, deben tener en cuenta la gobernabilidad como elemento de conformación de una comunidad política legítima en la que participen todos, y el de la gobernanza, como la coordinación entre actores sociales, colectivos y gubernamentales.

Es así que se plantea la necesidad de ampliar los escenarios de la exigibilidad de los derechos sociales a las políticas públicas como una concreción de la participación en el proceso de formulación de las mismas por parte de la ciudadanía, que incluya los elementos novedosos, teóricos y prácticos que se abordaron en este escrito, para ser trasladados al ámbito nacional, con nuevos actores, nuevos derechos⁵⁴, nuevas problemáticas, y nuevas estructuras que den respuesta a las mismas, en donde se deben aprovechar las sinergias regionales y mundiales, existentes en las últimas transformaciones impulsadas por un fenómeno cada vez más resistente como lo es la globalización.

⁵⁴ Andrés Abel Rodríguez, “Nuevos derechos, derechos emergentes: entre rupturas y continuidades”, en Ana María Jiménez Pava y María Constanza Ballesteros Moreno (eds.), *Derechos emergentes y justicia constitucional* (Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2020): 17-19.

Referencias

- Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005.
- Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Jaramillo Pérez, Juan Fernando, Mauricio García Villegas, Andrés Abel Rodríguez Villabona y Rodrigo Uprimny Yepes. *El derecho frente al poder. Surgimiento, desarrollo y crítica del constitucionalismo moderno*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2018.
- Rodríguez Villabona, Andrés Abel. “La interacción entre ordenamientos jurídicos: trasplante recepción, adaptación e influencia en el Derecho”. *Revista Iusta* 31 (2009): 99-122.
- Rodríguez Villabona, Andrés Abel. “Nuevos derechos, derechos emergentes: entre rupturas y continuidades”. En Ana María Jiménez Pava y María Constanza Ballesteros Moreno (eds.). *Derechos Emergentes y Justicia Constitucional*. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2020.
- Rodríguez Villabona, Andrés Abel. “El Estado como proyecto en la Constitución de 1991”. *Revista Análisis Político* 34, núm. 101 (2021): 47-67.
- Carvajal, Jorge. “El constitucionalismo social y el nuevo derecho”. *Novum Jus* 10, núm. 1 (2016): 7-8.
- República de Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-025 del 05 de noviembre de 2004*. M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- Commaille, Jaques. “¿Es la justicia la nueva “razón” política universal?”. *Pensamiento Jurídico*, núm. 27 (2010): 69-84.
- Abramovich, Víctor y Christian Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2004.
- Comanducci, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico” en *Neoconstitucionalismo(s)*, editado por Miguel Carbonell, 75-98. Madrid: Trotta, 2003.
- De Sousa Santos, Boaventura. *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Trotta, 2009.
- De Sousa Santos, Boaventura, Maria Manuel Leitao y Joao Pedroso. “Los tribunales en las sociedades contemporáneas”. *Pensamiento Jurídico*, núm. 4 (1995): 5-38.
- García Villegas, Mauricio y Rodrigo Uprimny Yepes. “Corte Constitucional y emancipación social” en *Emancipación social y violencia en Colombia*, editado por Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas, 463-514. Bogotá: Norma, 2004.
- Guastini, Ricardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano” en *Neoconstitucionalismo(s)*, editado por Miguel Carbonell, 49-58. Madrid: Trotta, 2003.
- Jiménez Sánchez, José Joaquín. “La legitimidad del juez constitucional”. *Anales de la cátedra Francisco Suarez*, núm. 36 (2002): 303-328.

- Martínez, Mauricio. *La constitucionalización de la justicia y la autonomía judicial*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2009.
- Motta, Cristina. “Intereses y derechos: transición al Estado social” en *Ética y conflicto. Lecturas para una transición democrática*, compilado por Cristina Motta, 207-236. Bogotá: Tercer Mundo Editores, Ediciones Uniandes, 1995.
- Núñez Leiva, J. Ignacio. “Constitución, neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas)”. *Estudios Constitucionales* 10, núm. 2 (2012): 511-532.
- Pérez, Luis Eduardo. “Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas” en *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, Luis Eduardo Pérez Murcia, Rodrigo Uprimny Yepes, César A. Rodríguez Garavito, 53-96. Bogotá: DeJusticia, 2007.
- Rodríguez Garavito, César. *La globalización del Estado de derecho: el neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009.
- Rodríguez Garavito, César y Diana Rodríguez Franco. *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: DeJusticia, 2010.
- Sierra Cadena, Grenfieth de Jesús. *El juez constitucional: un actor regulador de las políticas públicas*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.
- Urueña Hernández, René. “Espejismos constitucionales. La promesa incumplida del constitucionalismo global”. *Revista de Derecho Público*, núm. 24 (2010): 01-24.
- Velasco Cano, Nicole y Jairo Vladimir Llano. “Teoría del derecho, neoconstitucionalismo y modelo de Estado constitucional en el contexto colombiano”. *Novum Jus* 9, núm. 2 (2015): 49-73.
- García, Mauricio. “El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia” en *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Rodrigo Uprimny, César A. Rodríguez Garavito, Mauricio García Villegas, 49-108. Bogotá: Norma, 2006.